

Gara

# Segnalazione all'Autorità anche in caso di accertamento negativo dei requisiti generali<sup>1</sup>

T.A.R. LAZIO, ROMA, sez. III, 7 dicembre 2012, n. 10249 – Pres. Bianchi – Est. Sapone – S.a.s. Salvagnin Paolo e C. c. Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e Comune di Padova

La stazione appaltante è tenuta a procedere con la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale. Il termine di 90 giorni, previsto dall'art. 4 del regolamento dell'Autorità, disciplinante l'esercizio del potere sanzionatorio, ha natura perentoria e decorre dal giorno in cui la stessa Autorità ha ricevuto la segnalazione dalla stazione appaltante. Ne consegue la illegittimità della sanzione irrogata dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nei confronti di una ditta per aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni generali rilevanti per la partecipazione ad una procedura di gara, allorché la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo avente ad oggetto l'irrogazione delle medesima sanzione sia stata effettuata alla ditta interessata dopo che è decorso il predetto termine.

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8
<b>Difforme</b>	Cons. Stato, sez. III, 1° marzo 2010, n. 1430/09

### Fatto e diritto

Con il proposto gravame la società ricorrente ha impugnato la deliberazione n. 168/2001 adottata dal Consiglio dell'intimata autorità nella seduta del 10 giugno 2011 con cui è stata disposta nei confronti della stessa l'irrogazione della sanzione interdittiva dalla partecipazione a procedure di evidenza pubblica per un periodo pari a 12 mesi e quella pecuniaria di euro 1.000,00.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

a) a carico della società ricorrente era stata inserita in data 30 ottobre 2009 un'annotazione, comportante l'interdizione dalla partecipazione a pubbliche gare per un anno, nella quale era stato fatto presente che quest'ultima aveva reso false dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art.38 del codice contratti in una gara indetta dal comune di Valdagno;

b) in data 4 febbraio 2010 in sede di autodichiarazione per l'autorizzazione al subappalto il legale rappresentante della odierna istante aveva dichiarato di essere in possesso di tutti i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, tra cui anche quello di non aver reso false dichiarazioni dai dati risultanti dall'Osservatorio dei lavori pubblici;

c) avendo la stazione appaltante (comune di Padova) appurato la non veridicità di quanto affermato nella predetta richiesta di autorizzazione, ha rigettato l'istanza di subappalto e ha disposto la segnalazione all'intimata Autorità della falsità resa dalla Salvagnin nella ricordata istanza;

d) a seguito di tale segnalazione la resistente Autorità ha attivato il relativo conclusosi con l'adozione della contestata deliberazione.

Il gravame è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

<sup>1</sup> In corso di pubblicazione su Urbanistica e Appalti

1) sulla carenza di potere sanzionatorio in capo all'Autorità in relazione a irregolarità concernente i requisiti di cui all'art.38 del D.Lgs. n.163/2006. Nullità del provvedimento per mancanza di un elemento essenziale *ex art. 21-septies* della L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 6 e 38 del D.Lgs. n.163/2006;

2) sulla violazione del termine di avvio e conclusione del procedimento sanzionatorio. Violazione degli artt. 4 e 6 del regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio adottato dall'Autorità di Vigilanza;

3) sulla buona fede della Società nella predisposizione della dichiarazione inesatta. Violazione dell'art. 38, comma 1-*ter*, del D.Lgs. n.163/2006. Violazione delle determinazioni dell'Autorità nn. 1/2008 e 1/2010. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria; manifesta ingiustizia;

4) in subordine: sull'eccessiva durata della sospensione dalla gare. Violazione dell'art.48 del D.Lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 9 del regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio adottato dall'Autorità di Vigilanza. Eccesso di potere per difetto di motivazione, sproporzione, ingiustizia, manifesta contraddittorietà.

Si è costituita l'intimata Autorità contestando la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Alla pubblica udienza del 21 novembre 2012 il ricorso è stato assunto in decisione.

Con il primo motivo di doglianza l'odierna ricorrente, richiamando un diffuso orientamento giurisprudenziale, ha fatto presente che la segnalazione all'Autorità di Vigilanza e la conseguente annotazione nel casellario informatico poteva essere disposta solo per irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 e non anche per quelle commesse in sede di dichiarazioni aventi ad oggetto il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, per le quali è prevista solamente l'esclusione dalle pubbliche gare.

La dedotta doglianza non è suscettibile di favorevole esame alla luce della recente sentenza n. 8/2012 dell'Adunanza Plenaria, la quale, superando il contrasto giurisprudenziale esistente in materia ha affermato che la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale.

Con il secondo motivo di doglianza è stato sostenuto che la gravata determinazione risulta viziata dalla duplice violazione dei termini previsti sia per l'avvio che per la conclusione del procedimento dal regolamento dell'Autorità disciplinante l'esercizio del potere sanzionatorio, atteso che:

a) la comunicazione dell'avvio del procedimento *de quo* è stata ricevuta dalla società ricorrente in data 28 luglio

2010 dopo che era trascorso il termine di 90 gg, previsto dall'art. 4 del citato regolamento, decorrente dalla data di ricevimento della segnalazione del comune di Padova (21 aprile 2010);

b) la contestata determinazione è stata notificata il 30 giugno 2011 in contrasto con quanto previsto dall'art. 6 del citato regolamento che fissa in 90 gg il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

La dedotta censura è fondata.

Al riguardo il Collegio osserva che:

1) l'art.4 del citato regolamento testualmente stabilisce che «L'U.O. competente, esaminati i fatti portati alla sua attenzione e verificata la possibile fondatezza della segnalazione, provvede, entro il termine massimo di 90 giorni dalla data in cui la segnalazione è completa, all'avvio del procedimento e ne dà comunicazione ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti»;

b) non è seriamente contestabile che giusta la definizione di termine massimo di 90 gg il suddetto termine ha natura perentoria;

c) che entro il suddetto termine la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio deve non soltanto essere adottata ma altresì comunicata ai soggetti interessati, stante il carattere ricettizio della stessa;

d) nella fattispecie *de qua* la gravata determinazione risulta essere affetta dall'illegittimità prospettata per mancata osservanza del citato termine perentorio, atteso che come risulta dalla documentazione versata agli atti l'avvio del procedimento è da individuare nella nota del 28 luglio 2010, nella quale si fa riferimento alla segnalazione del comune di Padova acquisita agli atti dell'Autorità in data 21 aprile 2010.

Non fondato è invece il successivo profilo di doglianza con cui è stata denunciata l'inosservanza del termine previsto per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

In merito deve essere fatto presente che:

a) l'art.6 del citato regolamento stabilisce che «Per la conclusione del procedimento sanzionatorio l'Autorità fissa un termine non superiore a 180 giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento»;

b) entro il suddetto termine, quindi, deve intervenire solo l'adozione del provvedimento sanzionatorio e non la notifica dello stesso, stante il carattere non ricettizio dello stesso.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, l'acclarata tardività dell'avvio del procedimento *de quo* inficia anche il contestato provvedimento finale sanzionatorio, con la conseguenza che il proposto gravame deve essere accolto con assorbimento delle altre due censure dedotte.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio, avuta presente la novità della questione relativa al mancato rispetto dei termini.

## IL COMMENTO

di Massimo Gentile

In caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale la stazione appaltante è tenuta a procedere con la segnalazione all'Autorità. Tale principio, ad avviso del TAR Lazio, è in linea con la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 8 del 2012, laddove afferma che la segnalazione va fatta anche in siffatto caso e, dunque, non solo nella ipotesi di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione

### Il caso di specie

Oggetto della contesa giudiziaria è il gravame proposto contro una delibera del Consiglio dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con la quale era stata disposta nei confronti della ricorrente l'irrogazione della sanzione interdittiva dalla partecipazione a procedure di evidenza pubblica per un periodo pari a 12 mesi e quella pecuniaria di euro 1.000,00.

Le contestazioni poste a base del ricorso concernevano sostanzialmente due profili.

Un primo profilo afferente la asserita carenza di potere sanzionatorio in capo all'Autorità in relazione a irregolarità concernenti i requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, secondo la ricorrente, la segnalazione all'Autorità di Vigilanza e la conseguente annotazione nel casellario informatico poteva essere disposta solo per irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 e non anche per quelle commesse in sede di dichiarazioni aventi ad oggetto il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, per le quali, invece, sarebbe prevista solamente l'esclusione dalle pubbliche gare.

Un secondo profilo, correlato alla rilevata violazione dei termini di avvio e conclusione del procedimento sanzionatorio fissati agli artt. 4 e 6 del regolamento adottato dall'Autorità di Vigilanza.

Più nel dettaglio, la comunicazione dell'avvio del procedimento era stata ricevuta dalla ricorrente dopo che era trascorso il termine di 90 gg, previsto dall'art. 4 del citato regolamento, mentre la contestata determinazione era stata notificata in violazione a quanto previsto dall'art. 6 del regolamento stesso, che fissa in 180 gg il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

### Requisiti generali e potere sanzionatorio dell'Autorità: la decisione del TAR

La prima questione prende le mosse dalla lettura

degli artt. 38 e 48 del D.Lgs. n. 163/2006 nelle versioni applicabili *ratione temporis* al caso di specie.

In particolare, l'art. 48 del codice – nello stabilire che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, sono tenute a richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa – dispone che, qualora tale prova non sia fornita o non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le medesime stazioni appaltanti procedono «all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11» del codice.

L'art. 38, dal canto suo, nell'elencare le cause di esclusione dalla partecipazione alle gare di appalto concernenti il mancato possesso dei "requisiti di ordine generale", nulla stabiliva in ordine alla eventuale necessità di procedere alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza in caso di accertate dichiarazioni non veritiere.

La giurisprudenza è più volte intervenuta sul tema. Secondo alcuni pronunciamenti, «l'irrogazione della triplice sanzione (esclusione dalla gara; escussione della cauzione; segnalazione all'autorità di vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38 codice degli appalti (D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163), sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara»<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cons. Stato, sez. III, 1° marzo 2010, n. 1430/09. Nei medesimi termini si era espressa anche la VI Sezione del Consiglio di Stato, (sentenza 28 agosto 2006, n. 5009) secondo cui «Stante il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, le sanzioni previste dall'art. 10, comma 1-*quater*, L. 11 febbraio 1994 n. 109, non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale; pertanto, per il mancato possesso dei requisiti di ordine generale può essere legittimamente irrogata la sanzione dell'esclusione dalla gara, ma non anche le ulteriori sanzioni

Lo stesso TAR Lazio aveva avuto modo di affermare che l'art. 48 del codice, nel ricollegare le tre sanzioni in esso previste alla mancata risposta o al mancato possesso dei requisiti in sede di controllo a campione, si riferisce solo ai requisiti di ordine speciale e non anche a quelli di ordine generale; pertanto, aveva rilevato in quel caso il Tribunale laziale, atteso il carattere tassativo delle norme sanzionatorie, dette sanzioni «non possono essere estese al mancato possesso o alla mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, seppur legittimanti l'esclusione dalla gara»<sup>3</sup>.

---

dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza».

<sup>3</sup> T.A.R. Lazio, sez. III, 27 marzo 2009, n. 3218. Nello stesso senso anche T.A.R. Piemonte, sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3699, secondo cui l'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, dedicato al procedimento e alle sanzioni, si applica limitatamente ai soli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi; pertanto, il procedimento e le sanzioni ex art. 48 non si applicano alla verifica delle dichiarazioni sostitutive circa il possesso dei requisiti di carattere generale; trattasi, infatti, di norme sanzionatorie e quindi di stretta interpretazione, l'esplicito riferimento ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi esclude che gli effetti previsti all'art. 48 possano estendersi anche al controllo disposto dalla stazione appaltante delle dichiarazioni sostitutive relative ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006.

Pertanto - osserva il medesimo TAR - l'eventuale falsità delle stesse dichiarazioni sostitutive sui requisiti di ordine generale non trova disciplina, quanto alle sanzioni, nell'art. 48. Né può trovare disciplina nell'ambito dell'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 in relazione alla mancata stipula del contratto, che fa riferimento ad una fase diversa del procedimento, quella, appunto, della stipula del contratto. Prosegue la sentenza rilevando che, nel momento in cui si afferma che l'art. 48 è di stretta interpretazione e, dunque, non soltanto non ammette l'interpretazione analogica, ma nemmeno quella estensiva, in quanto contenente norme sanzionatorie, non è poi possibile utilizzare in via interpretativa il predetto art. 75 per allargare le maglie delle sanzioni applicabili ai partecipanti alle gare d'appalto. Delle due l'una: o l'art. 48 non è di stretta interpretazione e, dunque, può integrarsi l'apparato sanzionatorio mediante una lettura ermeneutica analogica o estensiva o sistematica della predetta disposizione contenuta nell'art. 75, ovvero, il che costituisce la premessa teorica di entrambe le tesi, l'art. 48 predetto deve essere di stretta interpretazione, contenendo norme di tipo sanzionatorio e, pertanto, l'allargamento delle sanzioni ad altre ipotesi non espressamente previste non è consentito. Né può ricavarsi, nel nostro ordinamento, una sanzione sulla base dell'esercizio dei poteri istruttori dell'Autorità di Vigilanza, organizzati dalla stessa Autorità in via generale attraverso le proprie determinazioni e, in particolare, attraverso la determinazione 21 maggio 2009, n. 5. Infatti, osservano i giudici piemontesi, «nel nostro ordinamento vige un principio di legalità e di riserva di legge, ricavabile dall'art. 23 della Costituzione, in relazione al sistema sanzionatorio; per il suo effetto si impongono coattivamente determinate prestazioni ai cittadini (e con esclusione del sistema sanzionatorio penale, che è disciplinato in modo ancora più stringente da altre disposizioni della Carta fondamentale ex artt. 24 ss. Cost.). Se questo è l'assunto, inconfutabile, da cui si sviluppano entrambe le tesi prima citate è di tutta evidenza che una sanzione decisa e disposta in via generale dall'Autorità di settore, senza alcuna base legislativa che assegni in modo espresso tale potere san-

Tali pronunce assumevano comunque carattere minoritario, considerato che la giurisprudenza prevalente si è sempre espressa nel senso contrario, ritenendo la segnalazione all'Autorità di vigilanza un «atto dovuto per la stazione appaltante, alla quale resta affidato l'onere della verifica della veridicità delle dichiarazioni relative ai requisiti di carattere generale, secondo le regole generali in materia di autocertificazione»; l'eventuale falsità di dette dichiarazioni comporta, quindi, «oltre all'esclusione dalla gara per l'operatore inadempiente, la segnalazione all'autorità per l'iscrizione nel casellario informatico»<sup>4</sup>.

Sempre secondo i giudici di Palazzo Spada, la segnalazione all'Autorità di vigilanza va fatta «non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale, trattandosi di esclusione idonea a segnalare una circostanza di estrema rilevanza per la corretta condizione delle procedure di affidamento dei lavori pubblici»<sup>5</sup>.

---

zionatorio alla medesima, deve ritenersi illegittima». Pertanto, conclude la pronuncia, «nonostante la riferita giurisprudenza del giudice superiore di segno contrario, peraltro non assestata, deve essere ribadita la giurisprudenza dei TAR che, invece, si è assestata sul principio secondo cui l'irrogazione della tripla sanzione (esclusione dalla gara; escussione della cauzione provvisoria; segnalazione all'Autorità di vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara» (cfr. in tal senso, anche T.A.R. Toscana, sez. I, 23 settembre 2009, n. 1473).

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782.

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3567. Nello stesso senso si era già espressa la medesima sezione negli anni precedenti, rilevando che anche «la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale» e richiama un precedente orientamento già espressosi in tal senso (Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2007, n. 554). Ancora, «Sono suscettibili di segnalazione e iscrizione nel casellario informatico non solo le false dichiarazioni relative al possesso di requisiti di carattere speciale, ma qualsivoglia falsa dichiarazione resa in gara, anche se relativa al possesso di requisiti di carattere generale, come si desume: a) dalla circostanza che l'art. 75, comma 1, lett. h) D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, (ora art. 38, comma 1, lett. h) D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) considera causa di esclusione la falsa dichiarazione sulle condizioni rilevanti per la partecipazione alla gara, senza limiti di oggetto e senza dunque distinguere tra requisiti generali e speciali; b) dalla circostanza che l'art. 27, comma 2, lett. t) D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 consente l'iscrizione di qualsivoglia dato rilevante, in aggiunta a quelli tipizzati dalle lettere precedenti del medesimo articolo, ed è dunque idoneo a comprendere le false dichiarazioni sui requisiti di carattere generale, formalmente non contemplate dalla precedente lett. s); c) dalla palese illogicità di una soluzione eseguita che desse rilievo solo alle false dichiarazioni relative

Anche la giurisprudenza di merito ha a più riprese ribadito tale principio precisando che la stazione appaltante è tenuta a «comminare le sanzioni dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza a prescindere se l'esclusione sia disposta con riferimento a requisiti di ordine speciale (ex art. 48 D.Ls. n. 163/2006) o di ordine generale (ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006)<sup>6</sup>.

## L'Adunanza Plenaria del 2012

Al (peraltro flebile) descritto dibattito giurisprudenziale ha posto fine di recente l'Adunanza Plenaria<sup>7</sup>, con la sentenza richiamata nella pronuncia del TAR Lazio in esame.

In realtà, la questione principale posta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria concerneva la distinta disputa giurisprudenziale sulla esistenza o meno di una discrezionalità in capo alla stazione appaltante nella valutazione della gravità o meno della riscontrate irregolarità contributiva degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento<sup>8</sup>.

---

ai requisiti speciali (oltretutto variabili da appalto ad appalto), e non anche alle false dichiarazioni relative ai requisiti generali, che attengono all'idoneità morale del concorrente e devono essere posseduti in qualsivoglia gara» (Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n. 4504).

<sup>6</sup> T.A.R. Toscana, sez. I, 6 aprile 2011, n. 606 e nel medesimo senso anche T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 8 aprile 2011, n. 191 secondo cui «In tema di gara pubblica, è legittima la segnalazione all'Autorità di vigilanza in caso di false dichiarazioni rese in sede di gara, comprese quelle relative all'esistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/06, in applicazione dell'art. 48, in combinato disposto con gli artt. 11 e 38, lett. h) del medesimo decreto». Si segnala inoltre sul tema anche un intervento della Consulta, la quale è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione di costituzionalità dell'art. 18, comma 3, 4 e 5 L.R. Sardegna 7 agosto 2007 n. 5, sollevata in riferimento all'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. ed all'art. 3 lett. e) statuto speciale sardo, nella parte in cui la norma regionale prevede l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici pure nel caso di mancata stipula per l'accertamento della mancanza di requisiti d'ordine generale, avendo ritenuto il giudice rimettente, in modo assertivo, che tali conseguenze sarebbero ulteriori rispetto a quelle che, per il codice degli appalti, darebbero varco all'appropriazione della garanzia. Osserva la Corte costituzionale che «In presenza dell'orientamento giurisprudenziale che nell'interpretare l'art. 75, comma 6, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ha inteso la norma nel senso della possibilità di incamerare la cauzione provvisoria di fronte a qualunque ostacolo alla stipula del contratto comunque riconducibile al concorrente (sia essa dovuta al rifiuto di stipula, alla carenza di requisiti speciali o pure alla carenza di requisiti generali), è manifestamente inammissibile, per la mancata esplicitazione circa la scelta della diversa tesi ermeneutica seguita» (Corte cost., ord., 17 dicembre 2010, n. 362).

<sup>7</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8.

<sup>8</sup> La questione era stata deferita al Supremo Consesso in Adunanza Plenaria con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5

A tal riguardo, l'Adunanza Plenaria ha puntualmente rilevato come la questione sia stata espressamente risolta dal legislatore con il D.L. n. 70/2011 «nel senso che la mancanza di DURC comporta una presunzione legale di gravità delle violazioni»<sup>9</sup>.

---

marzo 2012, n. 1245 nella quale veniva rilevato che «... in ordine alla questione della "gravità" della irregolarità contributiva, rimessa alla valutazione della stazione appaltante, sussiste un contrasto di giurisprudenza. Secondo la soluzione più rigorosa, ratificata anche dal legislatore con il D.L. n. 70 del 2011 in sede di novella dell'art. 38, codice appalti, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto [Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531; sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2284; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; sez. V, 24 agosto 2010, n. 5936; sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934; sez. V, 19 novembre 2009, n. 7255; sez. V, 19 novembre 2009, n. 5771, ord.; sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 1458; sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5069; sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147].

Nello stesso senso è orientata anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo cui le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze dovendosi ascrivere il DURC al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso [Autorità, determinazione n. 1/2010].

Secondo un opposto e contemporaneo (in senso cronologico) orientamento, l'insindacabilità del contenuto formale del DURC secondo la disciplina previdenziale, non assume il significato di un'abrogazione implicita del preciso disposto dell'art. 38, codice appalti, nella parte in cui la previsione preclude la partecipazione alle procedure di affidamento di quei soggetti che abbiano "commesso violazioni gravi, definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali"».

<sup>9</sup> Il D.L. n. 70/2011, cd. decreto sviluppo, non tocca infatti la lett. i) dell'art. 38 codice appalti, ma inserisce nel comma 2 dell'art. 38 una previsione volta a dare rilevanza al DURC e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali. In particolare, ai fini del comma 1, lett. i), dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, comma 2, D.L. 25 settembre 2002, n. 210, convertito in L. 22 novembre 2002, n. 266.

L'Adunanza Plenaria ha comunque ritenuto opportuno dettare un principio di diritto sulla questione per quelle procedure di gara che, *ratione temporis*, sono sottratte alla nuova disciplina, giungendo ad affermare la vincolatività del DURC per la stazione appaltante anche prima dell'entrata in vigore del cd. decreto sviluppo, alla luce delle seguenti considerazioni:

- a) gli enti previdenziali sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;
- b) il DURC è il documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, da ascrivere al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso;
- c) le stazioni appaltanti non sono gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali;
- d) il codice degli appalti deve essere letto e interpretato non in una logica di separatezza e autonomia, ma come una parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave"

In quell'occasione – e veniamo al fine che qui interessa - l'Adunanza Plenaria era anche chiamata a dirimere la questione concernente la legittimità dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante di incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità; ciò in quanto, a detta della ricorrente, detti provvedimenti avrebbe potuto essere disposti solo per difetto dei requisiti speciali e non anche per difetto dei requisiti di ordine generale.

L'Adunanza Plenaria, nel rigettare il motivo di ricorso, ha chiarito, da un lato, che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato; dall'altro lato, ha evidenziato che «la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale».

Con la sentenza in commento, il TAR Lazio si è dunque allineato alla posizione dell'Adunanza Plenaria, osservando come la stessa abbia di fatto superato ogni contrasto giurisprudenziale esistente in materia.

## **Il superamento della questione alla luce del cd. "decreto sviluppo"**

La questione che ha formato oggetto della pronuncia in analisi deve comunque ritenersi ad oggi supe-

---

non può che essere unitaria e uniforme, e rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali; pertanto, l'art. 38, comma 1, lett. i), laddove menziona le "violazioni gravi" delle norme previdenziali, intende riferirsi alla nozione di "violazione previdenziale grave" esistente nell'ambito dell'ordinamento giuridico, e in particolare nello specifico settore previdenziale;

e) ne consegue che le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare caso per caso la gravità della violazione previdenziale, ma devono attenersi alle valutazioni dei competenti enti previdenziali.

Non può pertanto essere condivisa la prospettazione, riportata nell'ordinanza di rimessione, secondo cui il citato D.M. del 2007 non costituisce atto attuativo del codice appalti, con la conseguenza che la valutazione di gravità compiuta alla luce di tale D.M. non sarebbe automaticamente vincolante per la stazione appaltante.

Infatti, come già osservato, il codice appalti si inserisce, come parte del tutto, in un sistema normativo unitario, sicché le nozioni da esso utilizzate e da esso non definite, come nel caso della "violazione previdenziale grave", non possono che essere desunte dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, e segnatamente dallo specifico settore da cui le nozioni sono tratte e definite.

rata, alla luce delle modifiche apportate all'art. 38 del codice dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70 – meglio noto come primo "decreto sviluppo" – convertito in L. 12 luglio 2011 n. 106.

Più specificamente, il decreto sviluppo del 2011 ha introdotto all'art. 38 del codice il comma 1-ter in virtù del quale, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante "ne dà segnalazione all'Autorità" che, laddove ritenga che esse siano state rese con dolo o colpa grave, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto<sup>10</sup>.

La novella dell'estate del 2011 ha quindi superato ogni possibile problema interpretativo, sancendo, in modo chiaro ed inequivocabile, l'obbligo per le stazioni appaltanti di segnalare all'Autorità – anche in relazione alle dichiarazioni e alla documentazione prodotte da concorrenti alle gare o da subappaltatori al fine di attestare il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 – la rilevata presenza di elementi di falsità; l'Autorità dal proprio canto è tenuta ad avviare il procedimento per l'applicazione delle relative sanzioni.

Come rilevato da attenta dottrina<sup>11</sup> la norma stabili-

---

<sup>10</sup> Art. 38 comma 1-ter «1-ter. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lett. h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia».

<sup>11</sup> A. Graziano, *I requisiti generali di partecipazione alle gare d'appalto ex art 38 del Codice dei contratti nel decreto sullo sviluppo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) secondo il quale «la norma onera dunque le stazioni appaltanti alle quali venga prodotta falsa dichiarazione o documentazione necessaria ai fini dell'ammissione alle procedure ad evidenza pubblica, di segnalare il fatto all'Autorità di Vigilanza. La quale a sua volta se ritiene che dette falsità siano state commesse con dolo o colpa grave in relazione anche alla gravità o alla rilevanza dei fatti oggetto della falsa attestazione o documentazione, dispone l'iscrizione nel Casellario informatico. Iscrizione che costituisce interdizione dalla partecipazione alle gare per un solo anno, decorso il quale l'iscrizione stessa viene cancellata e perde comunque efficacia. La norma non fa che recepire la giurisprudenza che si è formata in merito alla mancata prova dei requisiti di ordine economico finanziario attestati in sede di partecipazione alla gara.

Com'è noto vi è un indirizzo interpretativo espresso da quasi tutti i TAR della Repubblica, secondo il quale la segnalazione all'Autorità del fatto dell'attestazione di possesso di requisiti che non siano stati poi comprovati, può essere disposta solo in

sce che, in ogni caso, la stazione appaltante è obbligata a notificare l'Autorità della produzione della falsa dichiarazione o documentazione, ma che è l'Autorità che può procedere all'iscrizione solo quando la falsità sia ricollegabile all'elemento psicologico del dolo o della colpa grave da acclarare in relazione alla gravità e alla rilevanza dei fatti oggetto della falsa attestazione o dichiarazione.

Certo, non sfugge che la questione che si pone "a monte" è quella di assodare quando si sia in presenza di una falsa dichiarazione ovvero di un errore potenzialmente trascurabile. Ciò in considerazione della giurisprudenza maturata in tema di falso innocuo<sup>12</sup>, concernente i casi in cui, pur essendo la dichiarazione non veritiera, ciò costituisce una circostanza irrilevante in quanto il reato non è grave o l'impresa è comunque in possesso del requisito dell'assenza della condanna penale.

### **La natura perentoria del termine di avvio del procedimento sanzionatorio**

Come già detto, la seconda questione sulla quale il TAR Lazio era chiamato ad esprimersi riguardava la violazione, da parte dell'Autorità di Vigilanza, dei termini stabiliti nel regolamento dettato in materia di esercizio del potere sanzionatorio di cui all'art. 8, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006.

Giova rammentare che l'articolo 4 comma 1 del richiamato regolamento dispone che l'Unità Organizzativa dell'Autorità competente, esaminati i fatti portati alla sua attenzione e verificata la possibile fondatezza della segnalazione, provvede, «entro il termine massimo di 90 giorni dalla data in cui la segnalazione è completa, all'avvio del procedimento e ne dà comunicazione ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e al soggetto esterno all'Autorità che ha formulato la segnalazione».

Nella pronuncia in analisi è rilevato che il termine

di 90 giorni di cui al menzionato articolo ha natura perentoria e che, entro siffatto termine, la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio deve non soltanto essere adottata ma altresì comunicata ai soggetti interessati, stante il carattere ricettizio della stessa.

In effetti, dal tenore dell'art. 4 del regolamento è pacifico che il termine di 90 giorni debba riferirsi sia all'avvio del procedimento, sia alla relativa comunicazione.

Qualche dubbio in più potrebbe invece sorgere in relazione alla natura perentoria o meno del termine in parola.

Come noto, in linea generale, il termine è considerato perentorio, se un determinato atto o un'attività devono essere compiuti entro il lasso temporale di scadenza del termine stesso, di guisa che se il termine non viene rispettato, quell'atto o quell'attività, pur se eventualmente posti in essere, risultano inutili, con conseguente applicazione di sanzioni e produzione di effetti sfavorevoli.

Ciò in quanto, come osservato dalla giurisprudenza, il termine perentorio obbliga inderogabilmente il compimento di un'attività in quel determinato lasso di tempo al fine di fornire certezza all'attività stessa.

Il termine ordinario, invece, viene così qualificato se alla sua inosservanza non sono previste sanzioni decadenziali o comunque effetti sfavorevoli<sup>13</sup>. La funzione di questo termine è semplicemente quella di ordinare un'attività amministrativa, indirizzandola verso determinate procedure ed esiti; perciò, il non rispetto del termine non comporta il verificarsi di decadenze e l'applicazione di sanzioni<sup>14</sup>.

Normalmente, si parla di termine con carattere perentorio, quando la legge (o anche un atto promanante da un'Autorità all'uopo autorizzata dalla legge medesima) prevede una decadenza al suo spirare; si parla invece di termine con carattere ordinario in tutti gli altri casi<sup>15</sup>. Di conseguenza,

---

caso di malafede dell'impresa ma non allorquando l'attestazione poi non comprovata discenda da un dubbio interpretativo della legge di gara o da una situazione, in generale, di buona fede dell'impresa».

<sup>12</sup> Il Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevare «prima di disporre l'iscrizione nel casellario, l'Autorità procede (*rectius*: deve procedere) alle verifiche del caso» e che «il potere dell'Autorità è esclusivamente quello di rilevare la "pertinenza della notizia segnalata dalle stazioni appaltanti" al fine di evitare "il cosiddetto falso innocuo, cioè la falsa dichiarazione su fatti e circostanze irrilevanti ai fini della assegnazione della gara" (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2012, n. 3200, il quale richiama Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2011, n. 3361, Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243; Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782)».

<sup>13</sup> Sul tema, R. Depiero, *Può un termine infraprocedimentale posto dalla pubblica amministrazione essere perentorio?* nota a Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2002, n. 5275, in questa *Rivista*, 2003, 309; V. Azzoni, *Termini ordinari e termini perentori nel procedimento amministrativo*, in *Foro It., Rep.*, 1999, voce Atto amministrativo, n. 107; S. Piraino, *I termini ordinari nei rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino*, in *Foro It., Rep.*, 2003, voce Atto amministrativo e *Nuova Rass.*, 2005, 785, n. 44; I. Cacciavillani, *Un mito pervicace: l'ordinarietà del termine procedimentale*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Foro It., Rep.*, 2005, voce Atto amministrativo, n. 100 e *Riv. Amm.*, 2002, 1001.

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. II, parere 24 giugno 2011, n. 2552.

<sup>15</sup> In tal senso Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2008, n. 6192;

nell'ipotesi in cui il termine non sia espresso come perentorio o ordinatorio, la qualificazione del termine dipende dall'esistenza o meno di sanzioni decadenziali. Ciò risponde ad un «... principio generale dell'ordinamento ... secondo cui i termini perentori sono stabiliti dalla legge o da autorità che ne sia da essa espressamente autorizzata e che detta qualificazione deve risultare in modo parimenti espresso ...»<sup>16</sup>.

Orbene, nel caso di specie nessuna qualificazione normativa né alcuna previsione decadenziale risultano espressamente contemplate dalla normativa in esame.

Tuttavia, è pacifico che l'intenzione del legislatore di attribuire natura perentoria ad un termine non si ricava sempre e necessariamente dall'esplicita disposizione in tal senso, «potendo la natura perentoria essere desunta anche implicitamente dalla *ratio legis* e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento in un arco di tempo prefissato è indirizzato a soddisfare»<sup>17</sup>.

Ebbene, appare evidente che non attribuendo al termine di cui occupa la natura perentoria ricono-

sciuta dal TAR Lazio, l'avvio del procedimento verrebbe ad essere privato di quella necessaria certezza temporale volta ad evitare il determinarsi di situazioni pregiudizievoli a carico dell'interessato.

In tal senso, appare corretta la posizione assunta dai giudici capitolini.

## La conclusione del procedimento

Il TAR Lazio non ha invece ritenuto fondata la doglianza relativa al lamentato mancato rispetto del termine stabilito all'art. 6 del regolamento in parola per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

Più in dettaglio, detta disposizione regolamentare stabilisce che «Per la conclusione del procedimento sanzionatorio l'Autorità fissa un termine non superiore a 180 giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento».

Il TAR rileva che entro il suddetto termine, quindi, deve intervenire solo l'adozione del provvedimento sanzionatorio conclusivo del procedimento e non la notifica dello stesso, stante il carattere non recettizio dello stesso.

Nel caso di specie, peraltro, essendo il ritardo riferito alla notifica e non alla conclusione del procedimento – che invece è intervenuta entro il lasso temporale indicato dall'art. 6 – il motivo di ricorso è stato ritenuto infondato.

A ben vedere, alla condivisibile conclusione alla quale perviene il TAR, va aggiunta anche l'ulteriore considerazione che il termine di conclusione del procedimento non ha comunque natura perentoria, sicché «la sua violazione (non irrilevante, ad altri fini, per l'ordinamento) non si traduce nell'illegittimità del provvedimento finale, dato che lo spirare del termine non può comportare alcuna consumazione del potere amministrativo di provvedere»<sup>18</sup>.

---

Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5072; Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1415.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2007, n. 5794.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 140 e nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2195, Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2004, n. 3201, Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2002, n. 3459, Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2003, n. 6405, C.G.A. Sicilia, sez. giurisdiz., 29 dicembre 1997, n. 603, Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 1987, n. 204, Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 1982, n. 9. Sempre secondo la giurisprudenza di legittimità «Il termine nel procedimento amministrativo è considerato perentorio se obbliga inderogabilmente il compimento di un'attività in un determinato lasso di tempo, mentre viene, invece, qualificato ordinatorio se alla sua inosservanza non sono previste sanzioni decadenziali o comunque effetti sfavorevoli; nel caso in cui il termine non sia espresso come perentorio o ordinatorio la sua qualificazione dipende dall'esistenza o meno di sanzioni decadenziali stabilite espressamente dalla legge o da autorità che ne sia da essa espressamente autorizzata. La natura perentoria di un termine non deve essere necessariamente sancita da una norma esplicita, potendosi essa desumere *aliunde* da fattori quali la *ratio legis* o le esigenze di tempestività che la fissazione di un termine è indirizzata a soddisfare» (Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2009, n. 3471/09). Anche la giurisprudenza di merito ha più volte confermato tale principio, rimarcando che «Di regola, i termini fissati dalla legge per l'esercizio di un diritto hanno natura ordinatoria, salvo che la stessa legge non disponga espressamente il contrario, o che sia prevista una sanzione decadenziale, o che la perentorietà sia desumibile da concrete ragioni di carattere organizzatorio in capo all'amministrazione» (T.A.R. Basilicata, 15 settembre 2000, n. 546 e nello stesso senso T.A.R. Calabria, 26 febbraio 1998, n. 153). Nel medesimo senso anche T.A.R. Toscana, sez. I, 1° dicembre 1993, n. 884, secondo il quale «I termini assegnati all'amministrazione presentano carattere ordinatorio, a meno che la perentorietà non sia espressa o risulti necessaria per fondamentali esigenze di interesse pubblico».

---

<sup>18</sup> *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5177. Nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9569, secondo cui «i termini di conclusione del procedimento amministrativo devono, salva espressa previsione contraria, essere considerati come ordinatori e non perentori».